



# PRINCIPIOS Y REGLAS DE LAS DECISIONES DE LA POLÍTICA CRIMINAL

---

Pablo Sánchez-Ostiz

**Abstract:** *This submission proposes that Criminal Policy decisions (legislation, judicial rulings and Government regulation) can achieve a certain degree of stability. Stability renders the decision making process reasonable, by virtue of its modality of rational argumentation guided by principles, rules, exceptions and “meta-rules”. This stability makes possible comprehension, consensus, rational critical analysis, and the gradual improvement of the decisions.*

**Sumario:** 1. Introducción, 2. Principios y reglas, 3. Naturaleza de los principios, 4. Principios, reglas y “subprincipios”, 5. Regla y excepción, 6. Operatividad de los principios de la Política criminal.

## 1. INTRODUCCIÓN

Es común plantear lo social como mudable, frente a ciertas instancias morales que serían inmutables. No faltan tampoco planteamientos que consideran mudable lo moral, lo social... En esta contribución se expone en cambio cómo lo social, en cuanto manifestación de “lo político”, goza de cierta estabilidad que se manifiesta en una igualmente cierta estabilidad en sus decisiones. Así, las decisiones de la Política criminal (legislador, juez y Administración) estarían dotadas de una estabilidad que posibilitaría el entendimiento, la crítica racional y la mejora de las decisiones adoptadas inicialmente. Presupuesto de dicha estabilidad es presentar la argumentación jurídica como plausible en la medida en que se base en *principios y reglas*. Esta contribución se plantea

como una introducción metodológica para una exposición más amplia sobre la argumentación en materias de Política criminal.

Tras una aproximación conceptual a los principios y reglas de la argumentación en general (2), sigue una exposición sobre el carácter de dichos principios (3). Los conceptos de principio y regla se completan con los de subprincipio y excepción, así como con los de meta-regla (4-5). Cierra este trabajo una consideración sobre los enunciados que considero principios básicos de la Política criminal y su operatividad (6).

Para evitar equívocos, conviene manifestar lo que entiendo por Política criminal. La *Política criminal es aquel saber que tiene por objeto la acción humana en cuanto se trata de evitar las consideradas gravemente lesivas para la subsistencia de la sociedad*. Más brevemente: su objeto es la *prevención de acciones humanas consideradas delitos*. En tal definición deben encontrar acogida por supuesto las decisiones del Legislador, pero también de otras instancias del poder (Ministerio Fiscal, Policía, Judicatura, Administración penitenciaria), y de la población misma: en definitiva, de todos los agentes de la Política, incluidos por tanto todos los destinatarios de la norma<sup>1</sup>.

## 2. PRINCIPIOS Y REGLAS

Las posiciones doctrinales, jurisprudenciales y legales frente a los principios son todo menos uniformes<sup>2</sup>. El uso del término “prin-

1. Que sea Política no encierra afirmación peyorativa alguna, sino que se emplea en sentido meliorativo. Política aquí significa propio de la *polis*, de la vida pública. Cuando nos referimos a político en sentido peyorativo, se emplean calificativos como “de conveniencia”, “instrumental” (es decir, “*zweckmässig*”, en alemán)... La Política entendida, en cambio, como el saber de la vida en la *polis*, merece entonces la consideración que afirmaba ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, 1094b, 1: es la praxis suprema.

2. Es ilustrativo cfr. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Los principios en el Derecho y la dogmática penal*, Madrid, 2004, pp. 58-60. No conviene pasar por alto que

cipio” se halla muy extendido. Tan extendido, que podemos estar abusando de él. Se percibe así cierta polisemia, agravada por las particulares posiciones de privatistas, iuspublicistas y penalistas, frente a las de los teóricos del Derecho. Todos se refieren a principios, pero cada uno parece emplearlo cada vez de manera diversa<sup>3</sup>.

De entrada se engloba bajo tal denominación un enunciado dotado de pretensiones relativamente duraderas de aplicación normativa. Así, por “principio de legalidad” se entiende algo distinto que por la expresión “la legalidad vigente”. Con la primera se indica una exigencia de respeto –de lo que en cada caso se engloba bajo cada principio– con efectos más o menos directos; mientras que con la segunda se connota una serie amplísima de preceptos, prohibiciones y facultades de muy diverso rango y valor.

Principio es un enunciado normativo dotado de cierta generalidad y pretensión duradera de aplicación. A partir de aquí comienza la diversidad de opiniones: algunos exigen que deben estar positivizados<sup>4</sup>. Sin embargo, se detectan pretensiones calificadas como principios que de hecho no están positivizadas, sino que han surgido de un consenso doctrinal que ha pasado a impregnar la praxis jurisprudencial, incluso también la legislativa<sup>5</sup>.

la misma posibilidad de los principios es objeto de crítica por parte de algunos autores: cfr. en PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992, p. 20, con referencias; ID., *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, 2005, p. 208.

3. Cfr. los diversos sentidos de “principio” que recogen ATIENZA/RUIZ, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2004, pp. 25-26, con la prevención que trazan esos mismos autores de que los diversos sentidos no son los únicos que se emplean, y que además a menudo se solapan entre sí.

4. Así, paradigmáticamente Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. García Máynez), 2.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>a</sup> reimpr., México, 1979, pp. 155-156.

5. Me refiero, en concreto, al llamado “principio de intervención mínima” del Derecho penal, cuya vigencia se atribuye a un consenso doctrinal muy generalizado. De ser así, es curioso cómo el principio en cuestión pasa al conjunto de las categorías argumentativas del legislador y de la jurisprudencia. Así, en



Se habla de principios, y motivos hay para dudar de si nos estamos refiriendo a los que el código civil (arts. 1.4 y 1.6) enuncia como tales<sup>6</sup> o a los “valores superiores” del ordenamiento que menciona la Constitución española (art. 1.1)<sup>7</sup>. Sin embargo, aun-

la Exposición de Motivos del CP 1995 (cfr. en sentido crítico, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, pp. 18-19; 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001, pp. 20-21, pues esa invocación por el legislador de 1995 parece más una excusa o tópico a mayor abundamiento que una verdadera asunción de lo que se contiene en el código a continuación). La jurisprudencia no es ajena tampoco a tal “principio” como se evidencia en algunas resoluciones: cfr., por ejemplo, entre muchas, las SsTS de 11 de noviembre de 2005 (A 9886, ponente García Pérez): aunque se invoca tal principio (como “límite del *Ius Puniendi* en un Estado social, está directamente dirigido al Legislador”), poca utilidad se da en la argumentación; y 18 de julio de 2005 (A 6610, ponente Martínez Arrieta). Llama la atención de esta posible evolución de los principios (desde su invocación en la jurisprudencia a su operatividad en la legislación) PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, p. 23; ID., *Apuntes de teoría del Derecho*, p. 212. El propio PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios*, pp. 146-149, calificaría, según entiendo, el de intervención mínima como “extrasistemático”, lo cual no le parece restar pretensión de eficacia cuando se invoca o emplea, aunque sí validez jurídica.

6. Cfr., por todos, DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte general, I* (orig., 2.<sup>a</sup> ed., 1949, facsímil), Madrid, 1984, pp. 405-438, para la redacción anterior (art. 6.2 CC); y para la actual, LACRUZ BERDEJO, *Parte general del Derecho civil, vol. I, Introducción*, Barcelona, 1988, pp. 198-206. Sobre la posición de De Castro, cfr. DÍEZ PICAZO, “Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. de Castro”, *ADC* 36 (1983), pp. 1263-1268. Sobre el origen de la expresión “principios generales del Derecho”, cfr. DE CASTRO, *ibid.*, pp. 407-408, que lo sitúa en el código civil italiano de 1865.

En la doctrina civilista española suele reconocerse el carácter de norma a los principios: cfr. las referencias en ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Madrid, 1990, pp. 68-69 (relativiza su relevancia, en cambio, LACRUZ BERDEJO, *ibid.*, p. 199). Para CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (orig., 2.<sup>a</sup> ed., 1983, trad. García Amado), Madrid, 1998, p. 57, no serían *normas* en la medida en que éstas se definan por un presupuesto y su consecuencia.

7. Cfr., por todos, PECES-BARBA, *Los valores superiores*, 1.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1984, 1.<sup>a</sup> reimpr., 1986, pp. 34-45. Los valores superiores del art. 1.1 CE (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político) constituyen “moralidad legaliza-



que supiéramos a qué se refieren, no es unánime la función que vienen a cumplir según los casos. Así, se espera de ellos mucho: que acudan en socorro del esforzado juez que debe resolver un caso difícil<sup>8</sup>; que ayuden a la integración judicial de lagunas y

da” (p. 41), y se diferenciarían sobre todo de los principios (a los que se refiere la propia Constitución en abundantes y diversos lugares). Esta diferenciación entre valores superiores y principios generales no es sin embargo aceptada por toda la doctrina: cfr. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, pp. 137-141; ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *Los principios generales del Derecho*, pp. 120-134, con referencias. En otros casos, al hablarse de “principios superiores”, parece pasarse por encima de tales distinciones.

8. Así, en el planteamiento de Dworkin, a quien corresponde el mérito de haber revitalizado en la discusión científica la dualidad entre principios y reglas (cfr. ATIENZA/RUIZ, *Las piezas del Derecho*, 2004, pp. 23-24). Según su exposición, un principio se presenta como un patrón o “estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (DWORKIN, *Los derechos en serio* [orig. 1977 y anteriores, trad. Guastavino], Barcelona, 1984, 5.<sup>a</sup> reimpr., 2002, p. 72; ID., *¿Es el Derecho un sistema de reglas?* [orig., 1967, trads. Esquivel/Rebolledo], México, 1977, p. 19). Más allá de los principios sitúa las “directrices políticas”, como metas a alcanzar por lo que reportan de bienestar a la comunidad (“políticas”, en la traducción *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, p. 18; cfr. N. de T. en *Los derechos en serio*, p. 72). Y más acá, las normas o reglas jurídicas. “La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la dirección que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas” (*Los derechos en serio*, pp. 74-75) o “a la manera de ‘todo o nada’” (*¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, pp. 21-22). Los principios no establecen una consecuencia jurídica que se siga automáticamente cuando se den ciertas condiciones, sino que aportan criterios de decisión de un caso, mientras que las normas o reglas aportan una solución ya estable y clara. Éstas, más que entrar en conflicto, admiten excepciones que serían previsibles (*Los derechos en serio*, pp. 75-78; *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, pp. 22-23), mientras que los principios pueden concurrir para resolver un caso. La función de los principios se evidencia precisamente en la resolución de los “casos difíciles”, para los que vienen a descubrir el Derecho de la (única) solución correcta (*¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, p. 28; *Los de-*

contradicciones normativas<sup>9</sup>; que estructuren la construcción de un sistema<sup>10</sup>; o sean lo que da vida a la materia informe de las disposiciones jurídicas<sup>11</sup>.

Como se percibe, a los principios se recurre con profusión<sup>12</sup>. Pero ¿qué son los principios de los que tratamos? Ciertamente consen-

*rechos en serio*, pp. 82-83, 146-208, 189); “inclinan la decisión en una dirección, aunque no de manera concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan” (*¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, p. 39).

Esta distinción propuesta por Dworkin entre regla y principio es rechazada por ALEXY, *Rechtstheorie. Beiheft 1, Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, 1979, pp. 59-87; más brevemente, ID., “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, en ALEXY/KOCH/KUHLEN/RÜßMANN, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, 2003, pp. 219-223; ID., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” [trad. Atienza], *Doxa* 5 [1988], pp. 141-144, a la que califica como tesis de la “estricta separación” (1979, p. 64), que aplica por cierto también a las posiciones de Esser (cfr. *infra*, nota 44) y en cierto modo de Larenz y Canaris (cfr. *infra*, nota 60). Pero es rechazada, no porque sea incorrecta, sino porque no aporta lo esencial para caracterizar principios y reglas (ID., en *Elemente*, p. 222). Crítico con la posición de Dworkin también PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, pp. 32-43 (por razones estructurales y operatividad de los principios), 108-127 (por la discrecionalidad).

9. Así, en el planteamiento de Larenz, para quien los principios proporcionan “fundamentos justificativos” de las reglas jurídicas (LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4.ª ed. alemana [1979], trad. Rodríguez Molinero, 2.ª ed., Barcelona [1980], 1994, pp. 218, 418 y 465; ID., *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica* [orig., 1979, trad. L. Díez-Picazo], Madrid, 1985, p. 35) y operan en la interpretación y superación de lagunas (cfr. *Metodología*, pp. 334-341).

10. Claramente en la exposición de Canaris, quien concibe los principios como elementos que permiten identificar un sistema (CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, pp. 49-69, 55); y del propio LARENZ, *Metodología*, pp. 334 y 465-473. Cfr. también PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, p. 24.

11. Así, según expone J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (orig., 1956, trad. Valentí Fiol), Barcelona, 1961, p. 65, al menos para el Derecho privado.

12. Cfr., sin embargo, LACRUZ BERDEJO, *Parte general del Derecho civil, vol. I, Introducción*, 1988, pp. 199, 202, 205; GORDILLO CAÑAS, *Ley, principios generales y Constitución*, Madrid, 1990, pp. 47-51 (referido sobre todo a la tesis de De Castro).

so impera en cuanto a que los principios tienen razón de origen, inicio, punto de partida<sup>13</sup>. Eso no quita sin embargo que se hable, tanto de modelos deductivos, en los que los principios parecen poder resolver todos los casos implacablemente, como descripciones inductivas, en las que los principios aparecen para dar razón de las concretas reglas vigentes<sup>14</sup>. En cualquier caso, del principio se espera que ejerza una función “fontal”, de “fuente de las fuentes” del Derecho incluso<sup>15</sup>.

Consenso se da también, al menos relativamente, en cuanto a que los principios sirven para dar sentido, contenido y ejercer límites a las determinaciones del Derecho positivo, sea ley<sup>16</sup>, sea sentencia<sup>17</sup>. En ese sentido operan como denominador común a las diversas manifestaciones del Derecho, aunque no por eso han de identificarse con los llamados “valores”<sup>18</sup>.

13. Cfr. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *Los principios generales del Derecho*, p. 63; Díez PICAZO, *ADC* 36 (1983), p. 1268.

14. En ese sentido, la exposición de J. ESSER, *Principio y norma*, pp. 57 y 88, mientras que para otros lo axiológico impediría proceder de forma lógico-deductiva: LARENZ, *Metodología*, p. 466.

15. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. PG, I*, p. 428; ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *Los principios generales del Derecho*, p. 67, con referencias.

16. Muy ilustrativas las consideraciones de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, 1984, pp. 39-41.

17. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. PG, I*, pp. 428-429; *Instituciones de Derecho civil, vol. I/1. Introducción. Parte general. Derecho de la persona*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1998, p. 85.

18. Para CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, pp. 59-60, aunque los principios hacen explícita una valoración, resultan más concretos que los valores. Distintos también para Díez PICAZO, *ADC* 36 (1983), p. 1268.

Sobre la relación entre principios y valores, cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (orig. 1986, trad. Garzón Valdés), Madrid, 2001, pp. 138-147; ID., *El concepto y la validez del Derecho*, p. 164: “entre principios y valores existe una amplia coincidencia estructural”, hasta el punto que las tensiones entre principios pueden presentarse también como tensiones entre valores. Pero los valores atienden a lo que es mejor, mientras que los principios a lo debido (“principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico”: *ibid.*). Cfr. también ID., en *Elemente einer juristischen Begrün-*



Y cierto consenso reina también respecto a que los principios poseen un grado de abstracción relativamente elevado; se caracterizan así por ser demasiado amplios y no aplicables a casos particulares<sup>19</sup>. Por eso, junto a los principios surgen reglas, que son otro género de enunciados sin los cuales no es posible dar respuesta a un conflicto jurídico, y que operarían como su correlato conceptual<sup>20</sup>, porque parece evidente que tan importantes enunciados son “incapaces de valerse por sí mismos”. En efecto, también las reglas despliegan pretensiones de vigencia, pero además permiten resolver casos concretos, a los que en cambio no llegan los principios. Entre principios y reglas se reconocen diferencias básicas<sup>21</sup>. Así como las reglas concretan cuáles son los supuestos de hecho a los que se refieren, los principios no; mientras éstos son generales, las reglas operan para casos más concretos; y si los principios ad-

*dungslehre*, pp. 228-229; ID., *Doxa* 5 (1988), p. 145. Esta posición ha merecido las críticas por parte de HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 4.<sup>a</sup> ed., Fráncfort d.M., 1994, pp. 310 ss, cit. *apud* ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (trad. Bernal Pulido), Bogotá, 2003, pp. 123-136 (= “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, en SCHILCHER/KOLLER/FUNK, *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, 2000, pp. 31-52); ID., *REDC* 22 (2002), núm. 66, pp. 14 y 32-37; ID., “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en FERNÁNDEZ SEGADO (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context. La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid, 2003 (trad. García/Oheling), pp. 1508-1514: sobre todo, la objeción de que la lógica de los principios amenaza con vaciar de contenido y fuerza a los derechos fundamentales.

19. Cfr., por todos, LARENZ, *Metodología*, p. 418.

20. Dejo de lado el sentido de regla como brocardo o *regula iuris* (cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. PG, I*, pp. 432-433; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil, vol. I/1*, 1998, pp. 87-88; Díez-PICAZO, *ADC* 36 [1983], p. 1268; ATIENZA/RUIZ, *Las piezas del Derecho*, 2004, p. 26), que en este trabajo se denomina, por razones de claridad expositiva, como *aforismo*.

21. Cfr. L.M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, 2003, p. 40; básico ATIENZA, *El sentido del Derecho*, 2003, pp. 74-78. Sobre la exposición de las opiniones de la doctrina penal, cfr. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Los principios*, pp. 62-70.

miten aplicación gradual, las reglas son alternativas; además, éstas operan por subsunción, y aquéllos por ponderación<sup>22</sup>.

Aquí se parte de la hipótesis de que los principios son, al menos, enunciados normativos<sup>23</sup> (es decir, enunciados de deber ser, con pretensiones de validez)<sup>24</sup> que dan sentido, orientan y estruc-

22. El planteamiento de PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, p. 55, ensaya una vía algo distinta de la habitual en la doctrina: considerar que “los principios no son un determinado tipo de normas [...] sino cualquier norma en cuanto adopta una determinada posición o papel en el razonamiento o argumentación jurídica”, lo cual no autoriza a sostener una distinción fuerte entre principios y normas, sino más bien una distinción débil (cfr. también *ibid.*, pp. 132-133; y sobre todo 153-186). Según esta propuesta, los principios cumplirían funciones o bien explicativas (técnica descriptora de normas: cfr. p. 154), o bien normativas. Las funciones normativas (interpretativa, integrativa, directiva y limitadora: cfr. p. 155) podrían reducirse a dos: “o bien los principios son una *norma primaria* llamada a disciplinar *directamente* un supuesto de hecho cualquiera o bien representan una *norma secundaria* que permite o contribuye a dotar de sentido a otra disposición normativa, limitando o ampliando su significado lingüístico, o incluso anulándolo si resulta por completo incompatible con el sentido del principio” (p. 155, r.a.). Esta función de norma secundaria o *informativa* se percibe sobre todo cuando los principios ayudan en la interpretación, mientras que en la integración de (lagunas de las) normas se evidencia la función de norma primaria (cfr. pp. 155-161). La función directiva puede reconducirse a interpretativa o integrativa (cfr. p. 161) y la limitadora es función que cumpliría un principio en razón de los resultados que permite alcanzar alguna de las operaciones anteriores (cfr. p. 162). Por su parte, los principios cumplirían funciones en la argumentación jurídica: entre otras, posibilitan la universalización, permiten dar entrada a consideraciones consecuencialistas (según expone, son precisamente los principios lo que posibilitan un planteamiento consecuencialista), permiten la interpretación sistemática: cfr. pp. 162-186.

23. Puesto que tanto los principios como las reglas son normas (cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 83), admiten formulaciones de prohibición, prescripción o de facultad (cfr. *ibid.*).

24. “Los principios generales del Derecho no son exclusivamente meros criterios directivos ni juicios de valor ni escuetos dictados de razón. Son auténticas normas jurídicas, pues suministran pautas o modelos de conducta”: DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I/1, 1998, p. 85. También como normas, entre otros, BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Turín, 1993, pp. 271-272 (normas de gran nivel de generalidad). Según otros autores, no serían

turan las decisiones jurídicas. Más en concreto, estructuran las decisiones jurídicas, tanto del legislativo, como de las resoluciones judiciales o de los actos administrativos; pero llevan a cabo dicha estructuración, no de forma directa o simple, sino a través de diversas operaciones de concreción.

Reciben su validez, no necesariamente de normas jurídicas en que se han positivizado, sino que operan con independencia de su reconocimiento formal<sup>25</sup>. Pero esto no significa que sean enunciados arbitrarios. No reciben su validez de las normas jurídicas que los han plasmado, sino que poseen fuerza por sí mismos, fuerza de convicción, más que de imperio o poder<sup>26</sup>.

No es infrecuente, sin embargo, defender que los principios rigen como norma jurídica sólo una vez que han sido positivizados. A mi modo de ver, tal planteamiento puede encerrar una “petición de principio”, pues si se positivizan es porque ejercen ya una función, nada irrelevante, de convicción de la racionalidad de una pretensión<sup>27</sup>. Retrotraer la eficacia de los principios a un “momento cero” en el que el constituyente haya creado, puesto en marcha, los principios plasmados en la norma positiva, aparte de cierta ingenuidad, deja sin explicar por qué son positivizados, y por qué precisamente éstos y no otros.

*normas* en la medida en que éstas se definan en función de presupuesto y consecuencia (CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, p. 57), ni tampoco *conceptos generales* (*ibid.*, pp. 58-59) ni valores (*ibid.*, pp. 59-60).

25. Cfr. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *Los principios generales del Derecho*, p. 67, citando a DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*. PG, I, p. 418, quien los califica de “derecho no formulado” (cfr. *ibid.*, p. 420); OLLERO, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, 1999, pp. 41-42, con referencias. Cfr. además lo que, refiriéndose al Derecho constitucional, sostiene J. ESSER, *Principio y norma*, p. 91 (*infra*, nota 44).

26. Sitúan, en cambio, su fundamento en las convicciones y creencias de la comunidad, Díez-PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I/1, 1998, p. 85.

27. Cfr. *supra*, nota 4.



En ese sentido, los principios son expresión clara de la racionalidad del Derecho, entendiendo por tal que el Derecho es propio de agentes dotados de razón a los que se exige, precisamente por eso, racionalidad intersubjetiva en sus decisiones. Esta racionalidad no lleva, sin embargo, a que los principios hayan dado lugar a soluciones unívocas a lo largo de la historia, sino más bien a decisiones mudables en el tiempo. Lo que da lugar a soluciones tendencialmente uniformes es concebir el Derecho como aplicación de normas perfectas, cerradas. Mientras que argumentar con principios (y reglas y subprincipios) permite una gran variedad de soluciones, sin dar en arbitrariedad.

Lo anterior se ve avalado, al menos, por tres observaciones. La primera: que por encima de las diversas soluciones dadas a lo largo de la historia, existe una comunidad de problemas y soluciones con elevado grado de coincidencia. Así se plasma, por ejemplo, en los antiguos aforismos, en los que pretende expresarse una solución para grupos de casos semejantes. Que los aforismos plasmen soluciones vigentes hoy en día, y que su origen se remonte muchos siglos atrás, es muestra de que existe una comunidad de problemas y soluciones a lo largo del tiempo. No todo lo que a veces se plasma como aforismos antiguos es, sin embargo, plasmación de principios (ni de enunciados tan antiguos como podría pensarse), sino que a menudo se entremezclan auténticos principios con soluciones que hoy nos pueden parecer cuando menos discutibles. Pero eso no resta valor a la comunidad de problemas y soluciones a lo largo del tiempo, sino que exige una labor de depuración de esas plasmaciones para, desde ellas<sup>28</sup>, dar con los principios<sup>29</sup>.

28. Por eso, me parece sumamente idóneo un método inductivo para identificar primero los principios *vigentes*, y luego someterlos a análisis y ordenación deductiva, cuando sea posible.

29. Cfr. el planteamiento expuesto por LACRUZ BERDEJO, *Parte general del Derecho civil*, vol. I, *Introducción*, 1988, p. 202; cfr. también GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, pp. 31-33, citando a J. Esser.

La segunda observación. Existe también una comunidad de problemas y soluciones entre diversos estados y ordenamientos coincidentes en el tiempo. Por supuesto que los ordenamientos de las democracias occidentales participan de una misma comunidad de problemas que son las propias del constitucionalismo: necesidad de conjurar el exceso de poder, división de poderes, legalidad, respeto de la dignidad... Dicha comunidad de problemas no me parece patrimonio exclusivo de Occidente, sino que se percibe también en otras latitudes<sup>30</sup>. Así las cosas, me parece adecuado buscar lo que nos une a los diversos estados y ordenamientos<sup>31</sup>, pues de hecho existen criterios comunes, representaciones compartidas y soluciones más o menos uniformes.

Una tercera observación. Muchas de las reivindicaciones que han tenido lugar en estos dos últimos siglos se hayan motivadas no tanto por hacer cumplir preceptos de normas legales, cuanto por hacer valer pretensiones no respetadas, y por eso no plasmadas en leyes. Así, frente a los abusos y excesos del poder, frente al Derecho positivo en cuanto "puesto", se apela a razones que deben ser garantizadas. Esas razones a las que se apela despliegan una fuerza crítica frente a excesos, y permiten llegar a un ordenamiento diverso. Cuando dichas pretensiones se han plasmado en leyes y normas, muestran un modelo de sociedad y persona dota-

30. Así, no debería llamar la atención que la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (adoptada por la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, junio de 1981) plasme derechos humanos que no desmerecen en nada de los de declaraciones más conocidas. Podrá alegarse que se trataría más de un desideratum que de una realidad que no garantiza el respeto de los derechos humanos en esos Estados. Pero tampoco lo garantizan las declaraciones universales, europeas y americanas. Basta remitirse a los hechos.

31. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, pp. 31-33. Contra, resaltan algunos autores la vinculación de los principios generales del Derecho con las ideas fundamentales de la organización de la nación: cfr. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *Los principios generales del Derecho*, pp. 76-77, con referencias (sobre todo, De Castro).

do de considerable nivel de coherencia. Dicho modelo estaba ya implícito en las reivindicaciones originarias; de lo contrario, caerían de fuerza de convicción como pretensiones. Por eso, me parece más que conveniente prestar atención a las líneas de fuerza que configuran ese modelo.

Por estas tres razones, puede decirse que, así como las normas, leyes, sentencias, actos administrativos... se mueven en un nivel de operatividad caracterizado sobre todo por su positivización (basada en la “norma de reconocimiento”, o más sencillamente en la capacidad, competencia, legitimación, promulgación...), hay una serie de pretensiones que operan en otro nivel. Este nivel se caracterizaría, no tanto por la positivización, cuanto por la fuerza de convicción que da lugar a su vigencia generalizada (comunidad de problemas y soluciones en el tiempo y en el espacio), y su eficacia práctica (capacidad crítica frente a los excesos aunque se cuente con Derecho positivizado).

En definitiva, los principios serían enunciados normativos con pretensiones de validez y aplicación, caracterizados por ser origen de otras decisiones jurídicas a los que dan sentido y estar dotados de elevado grado de abstracción que los hace inoperantes para la aplicación directa por subsunción en ellos<sup>32</sup>. No se hallarían,

32. Considero que en el modelo descrito por Alexy se encuentran elementos dignos de ser tenidos en cuenta por la doctrina penal. Sin embargo, entiendo que puede resultar reductivo confiar en el “principio de proporcionalidad” (ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 111-115), con sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, como pieza clave.

Ya en su tesis doctoral (1978, traducida al castellano bajo el título de *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989), se sirve Alexy de los conceptos de principio y regla. En 1979, en un trabajo (“Zum Begriff des Rechtsprinzips”, publicado en el suplemento 1, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, de la revista *Rechtstheorie*, pp. 59-87) a propósito de la obra de Dworkin, detalla más la virtualidad de ambos conceptos. Son piezas claves en su escrito de habilitación, 1986, traducido también al castellano: *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, 2001). Poco antes había publicado “Rechts-



en cambio, siempre positivizados, aunque su plasmación legal o jurisprudencial coopera a la obtención de consenso y aceptación. Tampoco serían aptos para conducir a concretas soluciones uni-

regeln und Rechtsprinzipien”, *ARSP*, Beiheft 25 (1985), pp. 13-29 (también ahora en ALEXY/KOCH/KUHLEN/RÜßMANN, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, 2003, pp. 217-233), en donde también a propósito de la obra de Dworkin se propone abordar una nueva distinción entre reglas y principios. Desde entonces, la conceptualización de principios y reglas aparece en diversos trabajos: entre otros, “Rechtssystem und praktische Vernunft”, *Rechtstheorie* 18 (1987), pp. 405-419, también en ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Fráncfort d.M., 1995, pp. 213-231, trad. Seña: “Sistema jurídico y razón práctica”, en ID., *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 159-177; “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” (orig. 1988, trad. Atienza), *Doxa* 5 (1988), pp. 139-151, también en ALEXY, *Derecho y razón práctica*, México, 1993, pp. 9-22; *Begriff und Geltung des Rechts*, Friburg d.B., Múnich, 1992 (trad. Seña: *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, 1994, que incluye más trabajos traducidos que la obra original); “La institucionalización de la razón” (orig. 1999, trad. Seoane), *PyD* 43 (2000), pp. 217-249; “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, en SCHILCHER/KOLLER/FUNK, *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, 2000, pp. 31-52 (trad. Bernal Pulido: “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, 2003, pp. 92-137); “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales” (trad. Bernal Pulido), *REDC* 22 (2002), núm. 66, pp. 13-64; “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris* 16 (2003), pp. 433-449 (trad. García/Oheling, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en FERNÁNDEZ SEGADO [ed.], *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context. La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid 2003, pp. 1505-1514); *La institucionalización de la justicia* (ed. Seoane), Granada, 2005. Si bien es cierto que no es originaria suya (sino posiblemente de J. Esser, a quien seguirían Larenz, Canaris, Göldner, y otros: cfr. ALEXY, en *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, p. 217), a él le sirve para fundamentar su pensamiento como “constitucionalismo moderado” (cfr. *El concepto y la validez del Derecho*, p. 162), y caracteriza buena parte de sus investigaciones. Por lo demás, ha sido acogida, a veces no sin discusión, por abundantes autores. Algunos de sus trabajos han visto la luz nuevamente en recopilaciones del propio autor o en obras colectivas, como también en traducciones castellanas, en Latinoamérica y España.

formes. Éstas son mudables, según las circunstancias, gracias a los principios.

Así, cuando el legislador exige que para poder acogerse a la causa de justificación de la legítima defensa sea preciso no haber provocado la agresión inicial que suscitó la reacción, y cuando para acogerse al estado de necesidad exige no haber provocado la situación, está haciendo uso de un criterio común a ambas situaciones. Dicho criterio no sería sin más derivado de esas dos normas positivas, ni contenido de una norma anterior, sino manifestación de que el Derecho no puede tener pretensiones aceptables de racionalidad y reconocer una facultad de obrar justificadamente a quien ha desestabilizado ilegítimamente el *status quo ante* en el que se hallaban los bienes jurídicos. Hay un principio, plasmado también en el “*prior in tempore potior iure*”, por ejemplo, que daría sentido a ambas reglas en sede de legítima defensa y estado de necesidad. Los ejemplos podrían menudear: la prohibición del enriquecimiento injusto, la evitación de que alguien quede libre de las consecuencias del ordenamiento al provocar dolosamente un defecto de imputación...

### 3. NATURALEZA DE LOS PRINCIPIOS

Tal planteamiento suscita de inmediato la cuestión de si los principios constituyen Derecho o, en cambio, una intromisión –más o menos solapada, y a evitar– de la Moral<sup>33</sup>. Con ello, se busca a veces mantenerse en guardia frente a un iusnaturalismo<sup>34</sup>

33. Cfr. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, p. 68; ampliamente, pp. 67-91.

34. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. PG, I*, p. 421, al menos para algunos de los principios. Reconoce (*ibid.*, pp. 423-424) que junto a los principios de Derecho natural, existen los tradicionales y los de carácter político.

—implícito o, a veces, explicitado<sup>35</sup>— que pretende poner en duda la validez o los contenidos de las normas legítimamente aprobadas<sup>36</sup>. En este trabajo se parte de que los principios no son tales porque el legislador los haya plasmado en una norma jurídica (la Constitución, por ejemplo), como si recibieran en dicha norma su existencia. Según esto, los principios serían normas sólo en la medida en que hubieran quedado plasmados formalmente<sup>37</sup>; sólo se diferenciarían entonces de otras, por su rango<sup>38</sup> o precedencia temporal. Sobre la petición de principio que puede encerrar tal planteamiento, ya se ha tratado. Pero esta crítica no supone ignorar la relevancia de la positivización en normas<sup>39</sup>, gracias a las cuales, los principios resultan más fácilmente accesibles al conocimiento y al consenso<sup>40</sup>. Lo cual no es poco, sobre todo si se tiene en cuenta la “reacción positivista” de ape-

35. Un autor como DWORKIN, *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, pp. 18-54, emprende una crítica al positivismo, de manera particular, en la versión de H.L.A. Hart (cfr. *ibid.*; *Los derechos en serio*, pp. 72-101). Sobre esta crítica, cfr. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, pp. 76-91; y el “Ensayo sobre Dworkin”, que a modo de prólogo escribe A. Calsamiglia para la traducción castellana *Los derechos en serio*, pp. 7-29, 8-12 (que hace dudar de la calificación de Dworkin como iusnaturalista).

36. Cfr. OLLERO, *Discriminación por razón de sexo*, pp. 27-31.

37. Así, la posición de Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, p. 156. El propio Kelsen veía preferible evitar la insoportable existencia de principios reconocidos por el legislador (cfr. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Los principios*, p. 27), por lo que sugería que habrían de ser definidos del modo más preciso posible.

38. Sin embargo, llama la atención que un autor como BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 271, parte también del carácter de norma de los principios, que serían normas de gran nivel de generalidad, mientras que hay otras más específicas y concretas (*ibid.*, p. 272).

39. A una “razonable positivación” se refiere OLLERO, *Discriminación por razón de sexo*, pp. 45-50.

40. Éste es de hecho el camino que se propone efectuar desde este trabajo: partir de la vigencia práctica real plasmada en multitud de leyes, sentencias, aforismos, criterios jurisprudenciales..., para llegar por inducción a enunciados más generales que les dan sentido: los principios.



lar a la ley frente a la incerteza (y abusos) del recurso a los “principios”<sup>41</sup>.

Se aprecia que, junto a unas normas que son de directa aplicación al caso, existen también enunciados normativos que, no siendo directamente aplicables, son condición de posibilidad y coherencia de aquéllas. A los principios acude el legislador para plasmar las soluciones adoptadas para grupos de casos. Y a ellos acude también el juez para dar solución a un caso que no encuentra solución en la ley positiva (tanto las lagunas<sup>42</sup>, como los “casos difíciles”<sup>43</sup>). Luego el principio existe aunque no se halle plasmado en una norma concreta<sup>44</sup>. La plasmación viene a ser una

41. Cfr. la descripción que traza GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, pp. 47-54; también PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, p. 96.

42. Sobre todo, en el planteamiento expuesto por LARENZ, *Metodología*, pp. 334-341.

43. Así, DWORKIN, *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, p. 28; ID., *Los derechos en serio*, pp. 82-83, 146-208, 189, cuyo planteamiento sobre los principios se completa con su función de acudir en ayuda del juez para los casos difíciles. Por lo que su tesis es también una propuesta sobre la discreción judicial (cfr. *ibid.*, pp. 83-94). Al respecto, cfr. CALSAMIGLIA, “Ensayo sobre Dworkin”, en *Los derechos en serio*, pp. 20-22.

44. En opinión de LARENZ, *Metodología*, p. 218, “[e]n parte están declarados hoy en la Ley Fundamental y tienen, por ello, rango constitucional”; pero otros proceden de una generalización de ideas que han recibido adhesión consolidada (p. 465); sin embargo, para el mismo LARENZ, *Derecho justo*, p. 34, “si los principios del Derecho positivo son pensamientos directores y causas de justificación de una regulación, tiene que subyacer a ellos un pensamiento ‘más justo’ y tienen que servir por lo menos de indicadores de los principios de Derecho justo”. Para J. Esser, a diferencia de las normas, los principios no son vinculantes de manera inmediata, sino que requieren del legislador o el juez (que les proporcionan la *forma*): “un principio jurídico no es un precepto jurídico, ni una norma jurídica en sentido técnico, en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones” (J. ESSER, *Principio y norma*, p. 65). Pasan entonces a ser fuente del Derecho: sólo entonces vinculan. Mientras tanto son criterios orientativos, pero anteriores al Derecho positivo (pp. 68-69, 75-76). En tanto no se

estandarización de la solución dada para un caso o grupo de casos<sup>45</sup>, evidencia por tanto el enunciado de los principios que condujeron a esa solución<sup>46</sup>, y les dota de cierta eficacia expresa, sobre todo si se plasman en un texto constitucional<sup>47</sup>. Tal positivización no es menos relevante; por el contrario, puede lograr cierto grado de consenso en cuanto al contenido y vigencia del principio.

encuentren plasmados por la ley o la resolución judicial, no son derecho sustancial y efectivo, sino que pertenecen a los postulados éticos o ideales políticos. Pero no por ello, al menos algunos de ellos, resultan poco relevantes, sino que (referido a los principios constitucionales) “[h]asta tal punto *constituyen la base* de complejos enteros de reglas e instituciones, que, de no ser reconocidos, el ordenamiento entero quedaría falseado en su sentido y ninguna de las disposiciones concretas podría funcionar. Por ello *constituyen derecho positivo*: no como instrucciones independientes o separables, sino como condición inmanente del ser y del funcionar de las disposiciones singulares [...] No es ‘derecho natural’ en sentido dualista, sino derecho positivo en virtud de la legalidad objetiva” (p. 90, r.a.).

45. Me aparto, por tanto de la generalización que atribuye O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Los principios*, p. 89, a la concepción que de los principios tiene la doctrina penal: su acogida en normas jurídicas expresas, en particular por la Constitución, otorgaría a los principios valor normativo. Dicha autora sostiene en cambio que no todos los principios se hallan expresamente formulados en la Constitución o las leyes, opinión con la que estoy de acuerdo. Por lo demás, el marco máximo que la Constitución ofrece deja bastante margen para concreciones sobre los fines del *ius puniendi* y de la doctrina del delito. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 113-114.

46. Señala J. ESSER, *Principio y norma*, p. 91, que “existen formas de positivación distintas de la incorporación a un texto, y por otra parte ésta sola no es aún garantía suficiente de una formulación inequívoca” (refiriéndose al Derecho constitucional). Se entiende que tales afirmaciones suscitaban en su momento la crítica de Kelsen (sobre esta crítica, cfr. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Los principios*, pp. 22-27). También DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*. PG, I, p. 416, parte de que la ley no constituye la única forma de positivización de los principios generales del Derecho.

47. Cfr. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, p. 136 (“la acuñación de principios por parte de la Constitución o de la ley puede entenderse como una *forma de universalización* en sede legislativa”, p. 166, r.a.); ID., *Apuntes de teoría del Derecho*, p. 206.

Exigir la positivización de los principios no es poco relevante. Tratándose de una disciplina práxica, como es la Política criminal, que basa su eficacia en la argumentación y plausibilidad de sus tesis, la obtención del consenso se presenta como un objetivo de primera magnitud. La positivización de los principios contribuye sin duda a lograr ese consenso. Pero la “cuestión decisiva no es [...] el consenso en sí, sino cómo se llega a él”<sup>48</sup>. En este proceso que tiene como norte el consenso no se trata de identificar una serie de enunciados considerados como principios en virtud de un argumento de autoridad, sino de que éstos sean expresión de racionalidad por cuanto permiten llegar a soluciones plausibles, porque son expresión de coherencia interna del razonamiento, de compatibilidad con otros enunciados axiológicos ya asumidos por la generalidad, de anclaje constitucional, de inserción histórica, a la vez que posibilitan consecuencias empíricas aceptables... Con otras palabras, que no basta como condición necesaria el *respeto formal* de la argumentación, sino que se precisa también un proceder que resulte *materialmente plausible*<sup>49</sup>.

Con motivo surge la duda de si los principios son o no orientaciones de la Moral para la toma de decisiones<sup>50</sup>. Más en concreto, la duda de si aceptar enunciados como los principios supondría asumir el papel de la Moral en el razonamiento jurídico y su conexión con el Derecho, lo cual invalidaría el presupuesto metodológico del positivismo<sup>51</sup>. A mi modo de ver, no se trata de oponer estos principios a las normas juridificadas por un legislador, como si aquéllos

48. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 167.

49. Cfr. *ibid.*, p. 171.

50. Cfr. OLLERO, *Discriminación por razón de sexo*, pp. 27-44.

51. Que es precisamente una de las críticas que se aducen contra el planteamiento de Dworkin. Cfr., por todos, CALSAMIGLIA, “Ensayo sobre Dworkin”, en *Los derechos en serio*, p. 12. También se critica tal (con)-fusión en el planteamiento de FULLER, *The Morality of Law*, Londres, 1969, reimpr., 1978 (trad. castellana de la 1.<sup>a</sup> ed., Navarro, *La moral del Derecho*), que se refiere a la “inner morality of the law” (cfr. 1978, pp. 42-44).



fueran producto del Derecho natural, y las normas, del Derecho positivo. Se entiende aquí el Derecho natural, no como un cuerpo de preceptos que se proyecta sobre una ley positiva para comprobar si coinciden o no, y que sólo se diferenciaría de los positivos por la instancia de promulgación y su forma de expresión (ese supuesto Derecho natural, del que se afirma está plasmado en un texto con el que se compara cualquier ley, no sería sino una nueva proyección del “espíritu de la codificación”: así como hay un código civil, uno penal y otro mercantil, habrá también uno natural<sup>52</sup>). Según esto, los principios serían mera expresión de una instancia moral pre-jurídica que permite criticar el Derecho legislado como si hubiera éste perdido autoridad por apartarse de un cuerpo de preceptos (una especie de “código natural”)<sup>53</sup>. No es ésta mi posición.

52. A modo de “*caja de caudales trascendental* que permite solucionar todos los problemas y que fundamenta la validez y justicia del derecho”, en expresión de CALSAMIGLIA, “Ensayo sobre Dworkin”, en *Los derechos en serio*, p. 11 (r.t.). Entender así el Derecho natural es quizá consecuencia de planteamientos positivistas que sólo admiten para el Derecho el modelo de la norma positivizada. Según entiendo, los principios pertenecen a la racionalidad del sujeto implicado en un problema al que hay que dar una respuesta jurídica convincente. Por lo que tienen más que ver con la capacidad argumentativa y fuerza de convicción que con una función del jurista como “oráculo” de un supuesto Derecho natural trascendental.

53. Los principios pertenecen al sistema jurídico, lo cual significa que el sistema del Derecho constituye un sistema diverso del de la moral (ALEXY, en *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, p. 226; ID., *Doxa* 5 [1988], p. 144). Ello afecta, no sólo a los principios constitucionales, sino a los de cualquier área jurídica. Lo cual no quita que en los principios que hoy empleamos (Alexy se refiere en concreto a los de democracia, Estado de Derecho y Estado social: cfr. *ibid.*) no se hallen incorporados los más relevantes principios del Derecho natural racionalista de la modernidad. La teoría de la justicia que con base en principios propone Alexy es una teoría basada en la vinculación entre Derecho y Moral. En este sentido, ya su concepto de Derecho no es positivista. Es más: en el Derecho se hallan elementos morales, en concreto, gracias a la noción de corrección (cfr. ALEXY, *La institucionalización de la justicia*, p. 49; cfr. SEOANE, “Presentación” a *La institucionalización de la justicia*, p. 7). Por lo demás, reconoce que argumentar con principios supone una conexión entre Derecho y moral (cfr. ALEXY, *Concepto y validez del Derecho*, pp. 75-85, 81).

El Derecho natural sería, según entiendo, un conjunto de *criterios de justicia plasmados casi siempre ya en el Derecho positivo*, que es de donde sobre todo hay que extraer datos para su conocimiento. Y los principios son enunciados de ese *orden jurídico racional*, cognoscibles, por ejemplo, a partir de las concretas normas, y condición de éstas, pues se halla presente en el Derecho positivo<sup>54</sup>, no tanto como un “contenido mínimo” aceptable<sup>55</sup>, sino como una base sólida de racionalidad. Por lo que no siempre (pero sí con mucha frecuencia) se han plasmado en normas positivas, ni todo enunciado que suele denominarse “principio” merece el carácter de tal. Además, no puede descartarse que, a lo largo de la historia, algunas normas no hayan plasmado principios, lo cual las hace precisamente por eso criticables<sup>56</sup>. El Derecho natural es así un conjunto de principios normativos para la acción que la razón humana descubre, pero no puede instaurar, porque ya rigen. Por eso, una de las fuentes más claras y que mayor consenso puede suscitar es el Derecho positivo, si se entiende que es en las diversas normas legales y resoluciones judiciales en donde

54. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, pp. 61-63, quien defiende (p. 63) además que la “conversión de los preceptos absolutos del Derecho natural en criterios técnicos y tecnicizables es lo que se expresa en el concepto de ‘principios generales del Derecho’”. Lo cual no significa (cfr. *ibid.*, p. 64) que todos los principios sean expresión de aquél, ni que todos los principios tengan la misma *estructura*, pues entre ellos se cuentan las instituciones (cfr. *ibid.*, pp. 67, 133-134). Su posición se completa más adelante en “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución” (1984), recogido en la misma obra, pp. 85-174, 107-108.

55. Así, según entiendo, la posición de H.L.A. HART, *El concepto de Derecho* (trad. Carrió), Buenos Aires, 2.<sup>a</sup> reimpr., 1995, pp. 232-239, para quien la doctrina del Derecho natural, “a pesar de una terminología, y de mucha metafísica, que pocos podrían ahora aceptar, contiene verdades elementales” (p. 232).

56. Interesante cfr. la divergencia que expone DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. PG, I*, p. 411, sobre la no coincidencia de los principios generales del Derecho con el Derecho natural.

mejor se puede percibir lo que es racional<sup>57</sup>. No significa esto que cualquier ley lo sea, sino que está en buenas condiciones para plasmarlo, y habitualmente lo plasma.

Con ello, se muestra cuál puede ser la virtualidad práctica que despliegan los principios. Los principios que se lleguen a identificar serán los criterios de verdad, de verdad práctica<sup>58</sup>. Éstos permitirán someter a crítica un juicio emitido sobre una acción humana cualquiera en su dimensión jurídico-penal. En la medida en que no se conciba la ley como mera disposición de voluntad, por muy legítima que sea la instancia que la promulga, sino también como disposición de la razón, los principios despliegan una carga crítica digna de atención. Si la ley queda en mera voluntad del legislador, poco límite podrá oponerse. Pero si se exige además racionalidad en la ley (y en la sentencia, por cierto) es porque hay un orden captado por la razón humana que permite hacer Derecho y criticar sus fuentes<sup>59</sup>. Pues bien, estos principios sirven de crite-

57. De ahí que la argumentación del fallo no sea mera exigencia de buen estilo o de fair play procesal, sino garantía de la racionalidad de la decisión.

58. El criterio de verdad de una ciencia praxeica, entendido como la adecuación entre entendimiento y la realidad, exige alguna matización. Nuestro objeto de estudio es un operable, un agible, la acción humana, como hemos ya aceptado para la política criminal. En concreto, la acción, no en cuanto mero proceso originado en un ser humano, sino en cuanto pueda someterse a reglas de conducta, es decir, en cuanto pueda ser valorada como conducta, y además, en concreto, como conducta ajustada a reglas. La conducta humana encierra entonces un juicio de valoración. La verdad (cfr. Arth. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, Múnich, 1997, pp. 265-266) propia de una ciencia praxeica reside en la adecuación entre este juicio o valoración sobre la conducta que se realiza y los principios que deben regir dicha conducta (cfr. MARTÍNEZ DORAL, *Estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, 1963, pp. 86-87). Como el propio lenguaje ordinario da a entender: si el portero de un equipo de fútbol no evita un gol en su portería, bien puede hablarse –y así se hace– de un error del portero; del mismo modo, que no nos es ajena la expresión “errores arbitrales”: en estos casos, el error reside en la divergencia de un juicio emitido por el agente y los criterios, reglas, principios... que rigen un sector de actividad concreto.

59. Cfr. el planteamiento de GROSSI, *Mitología jurídica de la modernidad* (orig., 2003, trad. Martínez Neira), Madrid, 2003, pp. 15-18.



rio de verdad práctica para los enunciados concretos adoptados en leyes, sentencias... El juicio será verdadero si es acorde con los principios de los que deriva. Por ello, los principios pueden orientar la toma de decisiones para grupos de casos; más en concreto, no sólo orientan en la interpretación de la letra de la ley<sup>60</sup> en la

60. Para LARENZ, *Metodología*, p. 218, los principios ético-jurídicos son “pautas generales de valoración o preferencias valorativas en relación con la idea del Derecho, los cuales todavía no se han condensado en reglas jurídicas inmediatamente aplicables, pero que son capaces de ofrecer ‘fundamentos justificativos’ de ellas”; cfr. ID., *Derecho justo*, p. 35. Hay también principios de carácter técnico-jurídico, basados en razones de oportunidad (*Metodología*, p. 418). Los de carácter ético-jurídico son concebidos como “pautas orientadoras de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden ‘justificar’ decisiones jurídicas” (*Metodología*, pp. 418 y 465). Por lo que aportan mucho tanto en la interpretación, pues ayudan a discriminar las conclusiones que resultan incompatibles con esa regulación, por serlo ya antes con los principios respectivos (cfr. *Metodología*, pp. 334-341), como en la aplicación del Derecho (cfr. *Metodología*, p. 149). Los principios garantizan la unidad del “sistema interno” del Derecho (cfr. *ibid.*, pp. 334 y 465-473). Algunos aparecen en el Derecho positivo, por ejemplo en la Constitución (cfr. *Metodología*, pp. 218, 337 y 418), y de éste reciben la fuerza obligante (son principios “en forma de norma jurídica”), pero otros surgen como ideas jurídicas generalizadas, no expresamente recogidos en una norma positiva, que van suscitando adhesión (son principios “abiertos”, *Metodología*, p. 465). Pero se caracterizan también por ser demasiado amplios y no aplicables a casos particulares (*Metodología*, p. 418), entran en colisión con otros (*Metodología*, pp. 400-409) y no guardan un orden de jerarquía entre sí. Cfr. también ID., *Derecho justo*, pp. 32-42.

Así como Larenz se refiere a los principios en el marco de la metodología jurídica, Canaris pretende “encontrar elementos que hagan clara la interna interconexión en el seno de la pluralidad de valoraciones singulares”, “la reconducción de la diversidad de lo particular a unas pocas ideas básicas determinantes”, para lo cual hay que “rastrear en la ratio iuris subyacente más allá de la lex y de la ratio legis”. Los principios son los elementos que permiten identificar un sistema (CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, p. 55), hacen explícita una valoración (*ibid.*, p. 59); resultan más concretos que los valores (p. 60); reúnen la estructura de presupuesto y consecuencia (p. 60); no rigen sin excepción y pueden entrar entre sí en contraposición o contradicción (p. 62); no comportan pretensiones de exclusividad, sino que en ocasiones sus consecuencias coinciden con las de otro principio (p. 63); se manifiestan por su recípro-

búsqueda de un sistema, sino que *inspiran la racionalidad de las decisiones*. Pero, sobre todo, despliegan una relevante función crítica, pues permiten someter la política real a comparación con dichos enunciados<sup>61</sup>. Y en la medida en que hayan quedado plasmados expresamente en la ley positiva, ejercen influencia prescriptiva en la Política criminal (Legislador, Juez, Administración penitenciaria, Policía). Sirven, en definitiva, al objetivo de lograr la limitación del *ius puniendi*.

#### 4. PRINCIPIOS, REGLAS Y “SUBPRINCIPIOS”

Se propone por tanto emplear un concepto de principio más preciso de lo que es habitual. Consideramos aquí los *principios* como enunciados dotados de *pretensiones de aplicación máxima*; precisamente por tal pretensión, los principios devienen *inaplicables por sí mismos*<sup>62</sup>. Ya desde este concepto, algunos enunciados

ca complementación y limitación (pp. 64-65); requieren para su realización de ulteriores concreciones (pp. 66-67). Pero no serían *normas* en la medida en que éstas se definan en función de presupuesto y consecuencia (p. 57), ni tampoco *conceptos generales* (pp. 58-59). A diferencia de lo que aquí se sostiene, considera a los principios como susceptibles de excepciones y no pretenden ser exclusivos. A mi modo de ver, el nivel de abstracción que propone para los principios corresponde con el de los aquí denominados subprincipios, con la salvedad de que aquí los consideramos ya normas.

61. Así, por ejemplo, debería criticarse una decisión en Política criminal que se mueva por finalidades meramente utilitaristas que hacen peligrar la dignidad del penado (intervenciones médicas coactivas para neutralizar un oscuro diagnóstico de la vuelta a la libertad). También sería rechazable aquella decisión que no dejara margen alguno de operatividad a los restantes principios (un sistema de protección de bienes jurídicos personales que elimine la posibilidad de obrar en legítima defensa).

62. Cfr. la conceptualización trazada por ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 249 (cfr. *supra*, nota 32), para quien “los principios son enunciados normativos de tan alto nivel de generalidad que, por regla general, no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales y, las más de las ve-

a los que la práctica califica de principios han de ser privados de dicha denominación. Pasarían en cambio a denominarse reglas.

Por *regla* entiendo un enunciado derivado de dos o más principios, con pretensiones de aplicación a un grupo de casos. Bajo una regla puede subsumirse un caso, mientras que bajo un principio no es posible<sup>63</sup>. Son reglas, según ese concepto, enunciados como los de “*ne bis in idem*”, “*nulla poena sine lege*”... y muchos otros<sup>64</sup>. Que en un caso de concurrencia de dos preceptos del código penal ha de aplicarse sólo uno de ellos es una norma que rige siempre que se dé el supuesto de hecho respectivo; mientras que “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos” (art. 16.1 CE) constituye una norma de obligatoriedad tendencialmente máxima que puede entrar en colisión con otras (por ejemplo, limitaciones por razones de orden público). Este planteamiento coincide, de momento, con el trazado por Alexy.

ces, experimentan limitaciones a través de otros principios”. Véase también *ibid.*, p. 234, nota 81, donde se expresa: “Debido a su generalidad no son utilizables directamente para fundamentar una decisión. Se necesitan premisas normativas adicionales” (con más referencias). De donde la cuestión clave es: ¿de dónde extraer estos principios y cómo operan? (cfr. *ibid.*, p. 26), ¿por qué colisionan los principios entre sí? (Id., en *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, pp. 223-224; Id., *Doxa* 5 [1988], p. 143), ¿qué relación guardan con los valores? (cfr. Id., *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 138-147), ¿son suficientes para garantizar racionalidad en la aplicación del Derecho? (Id., *El concepto y la validez del Derecho*, pp. 165-177).

63. Cfr. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, Berna/Múnich, 1998, p. 189. No en vano, si la regla se enuncia a partir de un grupo de casos, su formulación admite identificar qué casos contrarían la pretensión contenida en la regla. Mientras que en los principios, los enunciados normativos no admiten subsunción porque son meramente prescriptivos *para todo caso*: tutela de la socialidad, respeto de la dignidad, por ejemplo.

64. La distinción entre principios y reglas no pueden hacer pensar que las segundas son de menor entidad y relevancia que los primeros. Alerta de ello L.M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, pp. 41-42. Cfr. también ALEXY, *Rechtstheorie*. Beiheft 1, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, 1979, p. 82, nota 96.



En opinión de Alexy, “[t]anto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser”<sup>65</sup>, pero presentan diferencias, no sólo de grado, sino cualitativas<sup>66</sup>. Los principios y las reglas se diferencian por su *estructura*: las reglas son normas que ordenan una consecuencia jurídica cuando se cumple el supuesto de hecho en ellas descrito, mientras que los principios son normas que admiten grados de realización. De donde deriva que son distintos también por su *modo de vigencia*: así como las reglas son normas que prescriben, prohíben o permiten algo de manera definitiva (son mandatos definitivos: “definitive Gebote”), los principios ordenan se realice algo en la mayor medida posible según las circunstancias (son mandatos de optimización: “Optimierungsgebote”<sup>67</sup>).

65. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 83. Cfr. además ID., en *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, pp. 218 y 225; ID., *El concepto y la validez del Derecho*, p. 162; ID., *Doxa* 5 (1988), p. 140; ID., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, p. 96.

66. Cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

67. Esta concepción de partida ha suscitado la crítica de ATIENZA/RUIZ, *Las piezas del Derecho*, 2004, pp. 31-34, quienes ven que el carácter de mandato de optimización sería lo propio, no de los principios (que ellos conceptúan como “principios en sentido estricto”), sino de las “directrices o normas programáticas”, y consideran que hay una serie de principios que no pueden cumplirse de forma gradual, por lo que tendrían el carácter de reglas (crítico también, por este y otros motivos, PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, pp. 44-50). Alexy replica a la posición de Atienza y Ruiz (sobre la base de la versión inglesa de la 1.ª ed. de la obra de ATIENZA/RUIZ, *A Theory of Legal Sentences*, 1998), en ID., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, pp. 118-123. También critica GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Fráncfort d.M., 1988, p. 270 (*apud* ALEXY, *ibid.*, pp. 104-107) la optimización como razón de ser de los principios, pues ello se daría en toda norma (sea regla, sea principio), por lo que no sería una distinción clara entre una y otro; cfr. la réplica de ALEXY, *ibid.*, pp. 105-107. Para Aarnio (“Taking Rules Seriously”, *ARSP*, Beiheft 42 [1990], *apud* ALEXY, *ibid.*, pp. 107-110) y Sieckmann (*Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, 1990, p. 65, *apud* ALEXY, *ibid.*), los principios no puedan concebirse como mandatos de optimización, pues ello se da con carácter definitivo, se cumplen o no se cumplen, sin posible ponderación, por lo que se da en ellos lo que Alexy predicaba para las reglas (sobre la réplica de éste, *ibid.*, pp. 108-110).

Distinta es también su *operatividad*: las reglas operan mediante subsunción (del respectivo supuesto de hecho), mientras que los principios por ponderación (con los principios opuestos en cada caso)<sup>68</sup>. En la medida en que las reglas aportan ya la solución a un grupo de casos, se presentarían como soluciones “definitivas”, frente a los principios, que estarían dotados de prevalencia sólo *prima facie*<sup>69,70</sup>.

Frente a la distinción y conceptualización descritas por Alexy, pienso que procede trazar dos diferencias. Por una parte, que aquí no ponemos el énfasis en los derechos fundamentales, sino en lo que les sirve de base, lo que consideramos los principios. El reconocimiento de los derechos fundamentales exige la defensa pública (social) frente a su lesión. Lo cual presupone aceptar la socialidad humana, la coexistencia, y una mínima organización social, en el marco de la cual tiene lugar esa defensa de los derechos menoscabados. Si la tutela de los derechos fundamentales exige un mínimo de reconocimiento social de estructuras (Administración

68. Aunque lo propio de las reglas es operar mediante subsunción, pueden entrar en conflicto (“Regelkonflikt”) entre sí, momento en el que gracias a una norma de conflicto (“Konfliktnorm”) se resuelve la contradicción declarando nula una de ellas excluyéndola del ordenamiento: ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, p. 163. Los principios entran en colisión entre sí (“Prinzipienkollision”), y la situación de tensión (o “Spannungslage”) se resuelve mediante ponderación entre ellos, pero sin excluir ninguno de los principios en juego: cfr. *ibid.*, pp. 163-164; ID., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, pp. 96-101. Cfr. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 88 y 96. Es este un punto de discrepancia crítica respecto de la posición de Dworkin (cfr. ALEXY, *Rechtstheorie*. Beiheft 1, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, 1979, pp. 72-78).

69. Cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 86-89 y 99-101; ID., *El concepto y la validez del Derecho*, pp. 75 y 162; ID., en *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, pp. 223-225; ID., *Doxa* 5 (1988), pp. 140-144.

70. Cfr. en textos más recientes asimismo: ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, pp. 95-96 y 104-137; ID., “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, *REDC* 22 (2002), núm. 66, pp. 13-64, en donde afronta diversas críticas dirigidas a su planteamiento.

de Justicia, por ejemplo), resulta conveniente dar entrada a lo social entre los principios. Por tanto, la realidad de los derechos fundamentales no debe desvincularse de la socialidad, de la coexistencia como rasgo personal o radical humano y el principio a ella asociado de necesidad de tutela de la vida social. Si, con razón, los derechos fundamentales pueden considerarse proyecciones de la dignidad como radical humano, resulta preciso dar entrada en ellos también a la socialidad.

Por otra parte, también ha de darse entrada a la libertad y seguridad jurídica, pues no basta con gozar y ser titular de derechos fundamentales, sino que es preciso además contar con la pretensión de su respeto y garantía. Lo cual presupone la normatividad, es decir, que existan prohibiciones y prescripciones a ese fin dirigidas. Dicha normatividad enlaza con el carácter libre de la persona, pues carecería de sentido una pretensión normativa sin capacidad de realización u omisión de la conducta en el destinatario. Por lo tanto, el carácter libre del sujeto, digno y social además, entra de lleno en cualquier consideración de los derechos. Y así, en definitiva, además de los derechos fundamentales (basados en la dignidad), socialidad y normatividad. Sobre estos tres enunciados o radicales se vuelve *infra*, 6.

Partiendo de que no todo enunciado con pretensiones de validez constituye un principio, considero conveniente reservar el carácter de tal para aquellos enunciados que, con pretensiones máximas de aplicación, se hallan presentes en diversos grupos de casos, pero sin ser susceptibles de directa aplicación al caso. La pretensión de aplicación máxima hace que los principios entren en colisión entre sí. Reglas, en cambio, serían aquellos enunciados, producto de la colisión entre principios, válidos para determinados grupos de casos que sí serían subsumibles en aquellas.

Aparte, con el fin de sistematizar las concretas reglas que aparecen en la Política criminal, podría emplearse la denominación de *subprincipio* para aglutinar ciertas reglas que responden a la



misma preponderancia o a la misma ponderación entre principios que entran en colisión. Así se emplea en este trabajo. Propongo recurrir a esta denominación intermedia entre principios y reglas, aunque no suele encontrarse con tal sentido en la doctrina sobre el tema, porque me parece aportar cierta claridad: los principios estarían dotados de tal grado de abstracción que, además de ser pocos, resisten a ser sistematizados; y las reglas estarían dotadas de tal grado de concreción que pueden ocultar la ponderación entre principios que ha dado lugar a ellas<sup>71</sup>.

Según entiendo los principios, si son tales, no admiten negación sin acabar con la posibilidad misma del razonamiento. Más en concreto: la *negación de un principio lleva implícita la negación de la posibilidad del razonamiento*; es decir, su negación haría incurrir en una *autocontradicción*<sup>72</sup>. Esta es la cualidad que identifica a los principios frente a las reglas (y los subprincipios). Así, quien niegue la socialidad niega la posibilidad misma de afirmar lo que afirma, pues expresar algo mediante el lenguaje

71. Como ya se ha afirmado (nota 60) para el planteamiento de Canaris, lo que algunos autores consideran principios son lo que aquí se ha agrupado bajo la denominación de *subprincipios*. Lo que se pretende en estas páginas es profundizar en las concretas operaciones de ponderación que están detrás de las reglas e identificar unas ponderaciones (más precisamente: ponderación y preponderancia) comunes a varias reglas, los *subprincipios*.

72 Para LARENZ, *Derecho justo*, p 38 —quien parte de que no todos los principios (quizá habría que decir, las reglas y *subprincipios*) son Derecho justo— “sólo pueden serlo [*sc.* principios de Derecho justo] aquellos que se caractericen ante todo por remitir una carga de sentido inmediata a un sentido de base o final o, si nos referimos al carácter teleológico de todas las regulaciones, a un objetivo o fin último de todo el Derecho, en el cual contemplamos al mismo tiempo la última causa de justificación de su pretensión normativa”; y, citando a HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten*, Múnich, 1972, p 69, expresa que constituyen “el punto de referencia interno de todo el Derecho, a través del cual el Derecho como categoría se hace posible y sobre el cual en consecuencia todo el Derecho está erigido”. La autocontradicción que encierra la negación de un principio, como se sostiene en el texto, les otorga más firme sentido, según entiendo.

prueba la necesidad de la socialidad (contar con un mensaje y un receptor). De forma semejante, no podrá negarse la posibilidad de la libertad sin contar con el carácter libre de esa misma proposición. Y quien rechace la dignidad, no podrá oponer resistencia frente a quien pretenda negarla afectando a su persona. Las reglas en cambio admiten su negación, sin que se vea afectada la posibilidad misma del pensar. De este modo, no sólo es posible negar la vigencia de la regla que establece el “ne bis in idem”, sino que de hecho así opera en ciertos casos la doctrina y la práctica. Lo mismo que es posible hacer excepción a la regla de la taxatividad desde el momento en que se admite la inevitable porosidad del lenguaje legislativo. Dicho carácter básico de los principios puede ya hacer suponer que serán pocos los enunciados que merezcan tal nombre (cfr. 6).

## 5. REGLA Y EXCEPCIÓN

Al concepto de regla se halla unido el de *excepción*. Con excepción nos referimos a una regla particular que rige para un caso o grupo de casos, que deriva a su vez de la colisión de principios, pero que *se aparta de la solución que para un grupo de casos mayor aporta otra regla*. Las excepciones, según lo aquí expuesto, son a su vez reglas, surgidas también del conflicto entre principios<sup>73</sup>. Más en concreto, así como la regla es expresión de una ponderación entre principios o de la preponderancia de uno sobre otro, bien puede resultar que el principio que no entró en ponderación (o que el “minusponderante”) no se vea desplazado de manera absoluta, sino que pueda servir para tomar una decisión para

73. Un conflicto entre reglas sólo puede solucionarse, o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o bien declarando inválida, por lo menos, una de las reglas (ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 88).

un caso algo diverso<sup>74</sup>. Dicha decisión se apartaría de la solución general plasmada en una regla y daría lugar a una nueva regla. Y a quien pretenda derivar una excepción (como nueva regla para un subgrupo de casos) le incumbe la carga de la argumentación<sup>75</sup>.

Ejemplo: está reconocida la vigencia del *ne bis in idem*; pero también se ha admitido que en algunos casos sea posible una doble sanción, en aquellos en que se halla presente un funcionario y la segunda sanción hace referencia a la protección de una realidad algo diversa, la función pública. De ser así, la regla sería la plasmada en el enunciado *ne bis in idem*, mientras que la posible doble sanción operaría como una excepción a aquélla<sup>76</sup>.

La excepción opera entonces como una nueva regla que rige un grupo, o sub-grupo de casos. Como regla que es, permite igualmente una nueva excepción, la excepción de la excepción. En efecto, la colisión entre los principios puede dar lugar a que en ciertos casos la solución haya de apartarse de la que aporta una

74. Tal operatividad es considerada por ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, p. 106, un mérito de la teoría de los principios, “la única que puede aclarar por qué la norma que debe ceder en la ponderación no resulta vulnerada, ni se declara inválida de manera parcial o total, sino que permanece plenamente siendo una norma válida”.

75. Así, ALEXY, *Rechtstheorie. Beiheft 1, Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, 1979, p. 79; ID., *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 99-101; ID., en *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, pp. 225 y 233; ID., *Doxa* 5 (1988), p. 148. Puesto que las reglas aportan ya la solución a un grupo de casos, estarían dotadas de prevalencia o prioridad definitivas o concluyentes, salvo que se abogue con fundamento en otro principio por una solución diversa, en cuyo caso la carga de la prueba de una regla distinta incumbe a quien pretenda ésta. Los principios, en cambio, tienen prevalencia *prima facie* y no aportan todavía una solución definitiva, no son razones concluyentes (si se me permite la expresión: los principios rigen sólo *en principio*).

76. Que la jurisprudencia constitucional (y ahora el art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre el Régimen de las Administraciones Públicas y sobre el Procedimiento Administrativo Común) establezcan como fundamento la identidad de sujeto, objeto y fundamento, no es sino plasmación de que la regla rige hasta que surjan excepciones.



regla más general, porque opera otro principio en tensión y da lugar a un nuevo criterio rector. Pero como tampoco esto resuelve todos los casos, son posibles otras soluciones para “variantes” del caso: las sucesivas excepciones.

Así como la regla admite excepción, no sucede lo mismo con los principios. Un principio plasma un enunciado con pretensión de validez plena y absoluta. El principio, por ser tal, entra en *colisión* con otros de igual carácter<sup>77</sup>, mientras que la regla rige, salvo que para uno o más casos se arbitre una solución diversa, la excepción. Entender que la regla es a la excepción respectiva lo que el principio a otro principio con el que entra en colisión, sólo es aceptable si se parte de que el modo de oponerse los principios entre sí es diverso del de operar las excepciones respecto a las reglas.

En efecto, la regla admite excepciones. Una excepción es también una regla, en cuanto constituye una solución para un grupo de casos como acaba de mostrarse. La diferencia entre regla y excepción es que la primera rige como solución de partida, lo cual no impide que puedan darse otras soluciones a casos ciertamente semejantes en la medida en que intervenga una razón de peso (otro principio). Y puesto que una excepción opera como regla para un sub-grupo de casos, es susceptible de nuevas excepciones. La regla admite excepciones, como queda dicho. Sin embargo, los principios no admiten excepción, sino que rigen como pretensiones de máxima aplicación. Precisamente por ello, colisionan entre sí.

Por lo demás, las concretas reglas que rigen y que convendría sistematizar no trazan un panorama cerrado, exacto y excluyente

77. Los principios requieren ulteriores concreciones y tienden a colisionar con otros (CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, p. 62): a este respecto, no es lo mismo contradicción y contraposición. Se da *contraposición* cuando hay conflicto entre dos principios y se llega a soluciones opuestas al tomar aisladamente cada uno de los principios, por lo que se adopta un compromiso o equilibrio que permita superar el conflicto (p. 130). Las contraposiciones son en definitiva algo normal en el ordenamiento, mientras que las *contradicciones* deben evitarse, por cuanto encierran una negación del sistema (p. 131).

de otros enunciados, sino que es posible que en cada uno de los enunciados encuentren acogida de hecho más de una regla. Así, por ejemplo, bajo la denominación de la prohibición de la pena de muerte podrían ubicarse también la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes. Puesto que no se trata de un planteamiento deductivo trazado *more geometrico*, sino de una ordenación tópica de soluciones, no se trata de un defecto, sino de una propiedad derivada de su objeto. No podría ser de otro modo, pues las reglas son el resultado de una ponderación o prevalencia de principios<sup>78</sup>, que bien podrían ser diversas<sup>79</sup>. No así los principios<sup>80</sup>. Si de razonamiento político se trata, lo que se expone queda abierto a la discusión desde mejores argumentos. Sólo los principios representarían un reducto de pretensiones de validez general que los enfrenta entre sí, frente a las reglas, cuya contingencia ha de quedar fuera de duda. Si se me permite la expresión: mientras no se enuncien respecto a las reglas lo que es de validez universal es que carecen de tal validez.

Conviene distinguir las reglas a las que hemos hecho referencia (regla y excepción) de otros enunciados que vendrían a aportar criterios operativos sobre la ponderación entre principios. Se trataría de enunciados sobre el modo de proceder en el conflicto entre principios. Así, por ejemplo, que en la toma de decisiones prevalezca una que salvaguarda la dignidad de la persona sobre otra que favorece la protección de la vida social. Denomino *meta-reglas* a éstas reglas operativas en caso de conflicto entre principios. Operan para resolver el conflicto y permiten llegar a las concretas reglas que resuelven grupos de casos. No se trataría propiamente

78. Sobre el modo de operar los principios tras la colisión entre sí, cfr. LARENZ, *Metodología*, p. 400; CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, pp. 130-131; LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.<sup>a</sup> ed., Berlín..., 1995, pp. 302-306.

79. Cfr. DI FABIO, *Die Kultur der Freiheit*, Múnich, 2005, p. 254.

80. Cfr. ALEXY, *Rechtstheorie*. Beiheft 1, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, 1979, p. 79.

de reglas que han surgido de la ponderación entre principios, sino de enunciados sobre la operatividad de esos principios y la prevalencia de unas reglas sobre otras<sup>81</sup>.

Propongo considerar como meta-reglas tres enunciados, al menos. En primer lugar, una de orden *material*: que entre los tres principios con los que operamos en la toma de decisiones (cfr. 6), hay una cierta jerarquía<sup>82</sup> que apela a la progresiva perfección de la persona. Así, la coexistencia apela a uno de los radicales humanos, el bien de la socialidad, que es de suyo relevante, pero menos que el bien de la libertad. Éste, a su vez, es relevante, por formar parte de la esencia de lo humano personal, pero de menor entidad que el bien de la dignidad. Así, los tres principios entran en colisión entre sí, pero al hacer prevalecer a unos sobre otros, hay razones de peso (preponderantes) para hacer prevalecer la dignidad sobre la libertad, y ésta sobre la socialidad. Tal jerarquía entre principios no se lleva en este trabajo hasta hacerle decir que cualquier principio mínimamente preponderante se impone sobre uno inferior, sino que la superioridad de rango aporta una justificación —no definitiva, sin embargo— a favor de una solución<sup>83</sup>.

81. Según entiendo, las exigencias para la ponderación propuestas por L.M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, pp. 47-49, constituirían meta-reglas.

82. En el planteamiento de Dworkin, los principios admitirían una jerarquía axiológica, de la que en cambio carecen las reglas (cfr. DWORKIN, *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, pp. 25 y 42; ID., *Los derechos en serio*, pp. 77-78). Cuanto más precisa sea una relación y rango de principios, más fuerte será la teoría de los principios en cuestión (cfr. ALEXY, en *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, p. 227; ID., *Doxa* 5 [1988], p. 145). Como teoría fuerte sobre los principios califica ALEXY, en *Elemente*, p. 228, la formulada por Dworkin.

83. Que es la crítica que le dirige en cambio ALEXY, *Rechtstheorie. Beiheft* 1, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, 1979, pp. 75-78; ID., *Doxa* 5 (1988), p. 145, a uno de los aspectos del planteamiento de Dworkin (cfr. nota 82).



En segundo lugar, una meta-regla de carácter *procedimental*: la que impide resolver cualquier conflicto entre principios con base sólo en uno de los principios en lid. Su fundamento deriva de que los principios aisladamente no sirven para la solución de grupos de casos, debido a su generalidad, sino que exigen una ponderación con otros principios. Cualquier principio aplicado con exclusividad produciría una negación –y, en definitiva, una contradicción– de los otros principios.

En tercer lugar, una meta-regla de orden *lógico*: en la medida en que una solución se tome con preponderancia de un principio sobre otro, éstos se oponen entre sí, pero sin ser contradictorios, por lo que es posible que en un conflicto entre dos principios, el tercero opere para resolver algún grupo de casos. Ello deriva de un condicionante lógico, como es que no se trata de principios que se excluyan entre sí, de forma que operan sin merecer la crítica de no respetar el “*tertium non datur*”<sup>84</sup>.

No se trata, sin embargo, de reglas de argumentación que conduzcan a una solución única. Por el contrario, en lugar de una derivación deductiva de las reglas desde los principios, veo preferible llegar a éstos por inducción desde aquellas. Evito por tanto el dogmatismo de pensar que lo que aquí se expone son las únicas soluciones posibles. Así como las reglas admiten otras clasificaciones y precisiones, tampoco estas meta-reglas de ayuda en la argumentación y razonamiento político son las únicas posibles. Sin embargo, las meta-reglas aportan cierta fuerza de convicción, pues poseen un estatuto material valorativo (la primera y la segunda) o lógico (la tercera), nada desdeñable.

En relación con las meta-reglas expuestas, cabría afirmar que toda solución que se proponga debería ir precedida de una convincente carga de argumentación. La jerarquía de los principios puede proporcionar razones (meta-regla 1). A su vez, cuanto más

84. Cfr. *supra*, nota 77.

*preponderante* sea un principio sobre otro, razones de más fuerza de convicción se precisarán; mientras que si dos principios entran en *ponderación*, menos carga argumentativa será precisa (meta-regla 2). Como se ve, el “peso” de un principio (su jerarquía o su valor concreto) no se impone por sí mismo, sino que requiere argumentación para *hacerlo valer*. Y la preponderancia de un principio, o la ponderación de otros, no quita que el principio “desplazado” pueda seguir desplegando efectos (meta-regla 3), por ejemplo, para el establecimiento de excepciones.

## 6. OPERATIVIDAD DE LOS PRINCIPIOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Considero principios básicos o fundamentales de la argumentación política los siguientes: el de *necesidad* de tutela de la vida social, el de *seguridad jurídica* y el de *adecuación de la tutela a la dignidad* de la persona. Los tres son expresión de otros tantos radicales humanos: la coexistencia o socialidad humana; la apertura o libertad humana y la igualdad basada en la dignidad de la persona humana. Dichos tres radicales no son caracteres accidentales de la persona, sino su esencia, respectivamente. Y entroncan con la autocomprensión de nuestra civilización. No es ahora el momento de expresar cómo esos tres contenidos se han ido descubriendo a lo largo de la historia del pensamiento occidental: desde los orígenes en la cultura greco-latina y judeo-cristiana, hasta las formulaciones ilustradas.

Como principios que son, deberían ser válidos para la Política en materia penal, pero también para otros sectores. Pienso que así es. Pero siempre que no se pierda de vista que los mismos principios pueden dar lugar a soluciones diversas. Así, por ejemplo, la idea de legalidad penal es manifestación de una fricción entre la necesidad de tutela de la vida social y la libertad de los destinatarios, que se resuelve a favor de una solución en la que prepondera la seguridad frente a la necesidad (tipicidad penal). Pero en otros

sectores, como el Derecho civil, esa tensión se resuelve a favor de la libertad y seguridad jurídica (libertad de contratación) en detrimento de la necesidad (menor papel del “orden público”). En Derecho tributario la necesidad de proteger la vida social se halla en la base de la institución del tributo, pero siempre que éste no sea “confiscatorio” (fricción con la dignidad) y se someta a la ley formal (fricción con la seguridad jurídica). Los ejemplos no escasean. En esta contribución se trataba de mostrar cómo el ámbito de decisión social es menos mudable de lo que a veces se sugiere y cómo el proceso de determinación del Derecho es menos lineal y estable de lo que afirman los mitos de la modernidad. No se trata de un ámbito de decisión incontrolable. Para eso operan una serie de instrumentos que garantizan la racionalidad de la argumentación, la plausibilidad de las propuestas, y en definitiva el consenso.

En Política criminal la finalidad de prevenir el delito en la sociedad lleva a que los principios y reglas pretendan obtener determinados comportamientos (decisiones) de los agentes de la Política: sobre todo, el Legislador, el Juez, el ejecutor de las leyes (desde el funcionario de Policía al de instituciones penitenciarias, cada uno dentro del ámbito que le es propio). Pero la prevención del delito no es cuestión unidireccional, sino que toda decisión en ese sentido afecta a otros intereses y personas diversas del autor y la víctima. La prevención del delito es ponderada en el sentido de que no se lleva a cabo a cualquier precio, sino con la pretensión de no producir mayor mal en la sociedad (esto es, en terceras personas). Los agentes de la Política criminal encuentran así en la lógica de los principios motivos y razones para la decisión política en materia de prevención del delito. Este es el sentido de la Política como praxis, y no como técnica<sup>85</sup>.

85. Cfr. MARTÍNEZ DORAL, *Estructura del conocimiento jurídico*, p. 63: es precisamente por los principios con arreglo a los cuales se toman las decisiones como se evidencia que “el conocimiento del derecho no se puede caracterizar simplemente como un arte o una técnica”.



Los enunciados que adoptan el carácter de un principio, como al igual los que adoptan el de una regla, no son meras afirmaciones declarativas sobre la realidad, sino que poseen carácter deóntico. Esto es, pretenden algo en términos prescriptivos (y no sólo desiderativos): que el destinatario lleve a cabo una conducta de acuerdo con lo enunciado<sup>86</sup>. Más en concreto, que en la toma de decisiones sobre la prevención del delito en sociedad, se opere con motivos fundamentados, justificatorios<sup>87</sup>.

El sistema garantista propuesto por Ferrajoli, en la medida en que formula como axiomas una serie (diez) de enunciados<sup>88</sup> de los que depende que un sistema penal sea *garantista*, es también un modelo deóntico. Pero lo aquí descrito presenta ciertas diferencias por cuanto esos axiomas constituirían, según entiendo, re-

86. Para O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Los principios*, p. 68, es nota característica de la dogmática penal (española, sobre todo) atribuir carácter vinculante y obligatorio a los principios.

87. Fundamentar significa aquí “justificar la resolución con el Derecho vigente por medio de ponderaciones que han de hacerse razonablemente” (LARENZ, *Metodología*, p. 289).

88. Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (orig., 1989, traducción castellana Andrés Ibáñez *et al.*), 5.ª ed., Madrid, 2001, aptdo. 6, en pp. 91-97 (aunque él mismo los califica como principios, *ibid.*). Dichos (diez) enunciados, que son desarrollados después (en la tercera parte de la obra de Ferrajoli), son enunciados (aptdo. 6.2, en p. 93) mediante los siguientes axiomas: “*Nulla poena sin crimine*” (principio de retributividad o sucesividad de la pena respecto al delito), “*Nullum crimen sine lege*” (principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto), “*Nulla lex [poenalis] sine necessitate*” (principio de necesidad o economía del Derecho penal), “*Nulla necessitas sine iniuria*” (principio de lesividad o de la ofensividad del acto), “*Nulla iniuria sine actione*” (principio de materialidad o de la exterioridad de la acción), “*Nulla actio sine culpa*” (principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal), “*Nulla culpa sine iudicio*” (principio de jurisdiccionalidad, en sentido lato y en sentido estricto), “*Nullum iudicium sine accusatione*” (principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación), “*Nulla accusatio sine probatione*” (principio de la carga de la prueba o de verificación), “*Nulla probatio sine defensione*” (principio del contradictorio o de la defensa o de la refutación).

glas. Dichas reglas derivarían de principios superiores más amplios que interesa conocer<sup>89</sup>. A mi modo de ver, cabría si acaso expresar de forma axiomática los tres principios. Suscribo en parte la descripción que hace dicho autor del modelo por él trazado de que “en la medida en que tales principios están incorporados en el ordenamiento positivo bajo forma de principios constitucionales o en todo caso legales, es también un modelo normativo de legitimidad jurídica o de *validez*”<sup>90</sup>. Y la suscribo parcialmente porque la constitucionalización de esos enunciados es un factor muy relevante, aunque no el único, para obtener un elevado grado de consenso respecto a los principios, como ya se ha mostrado más arriba (cfr. 3). Alcanzar un nivel aceptable de consenso en cuanto a las decisiones que se tomen puede entenderse en este sentido como un objetivo de la Política. Es más: procurar el consenso sería un objetivo más que deseable de la Política.

En un saber que busca la decisión justa, los parámetros no son la exactitud de las proposiciones, sino la viabilidad o no de un juicio práctico como justo, para llegar a una decisión sobre conductas humanas. Por eso, puede afirmarse que el objeto del principio en cuestión no será el enunciado en que éste se exprese, en cuanto tal (“*principio de legalidad*”), sino las acciones (decisio-

89. Para FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 2001, aptdo. 6.2, en p. 93: Los principios (cfr. *supra*, nota 88) que conforman el *sistema garantista* “[f]ueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVIII y XIX, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal ‘absoluto’. Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno *estado de derecho*” (r.t.). También ALEXY, en *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, p. 226, reconoce que en los principios constitucionales (democracia, Estado de Derecho y Estado social) se hallan incorporados los más relevantes principios del Derecho natural racionalista de la modernidad. Y, entre nosotros, lo puso de manifiesto en 1984 GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, p. 133.

90. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 2001, aptdo. 6.3, en p. 97 (r.t.).

nes) a las que va dirigido para regirlas. Así, el “principio” de legalidad permite tomar una decisión política sobre la definición de conductas a prohibir (ámbito legislativo). Y permite igualmente enjuiciar algo ya sucedido (la tipificación concreta de un artículo del código penal), sin que por eso deje de referirse a conductas “agibles”. En efecto, el principio de legalidad operaría entonces, por ejemplo, para declarar defectuoso un acto del legislador (crítica doctrinal de un precepto por ambiguo), para declararlo inconstitucional (actividad del Tribunal Constitucional), para considerarlo inaplicable (actividad ordinaria de los tribunales en su faceta de interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución).

Cuando se invierte la función y operatividad de los principios y se los considera enunciados axiomáticos de directa y unívoca aplicación, podemos vernos abocados a ciertos “atolladeros”<sup>91</sup>. Así, conviene considerar que si se toma la legalidad como un enunciado prescriptivo absoluto, se cierra toda posibilidad a admitir otros principios que los estricta y expresamente plasmados en la ley<sup>92</sup>. Piénsese también, por ejemplo, en la argumentación que a veces se esgrime en materia del llamado “principio” de exclusiva protección de bienes jurídicos. En concreto, allá donde exista una intensa necesidad social de prevenir ciertas conductas dañosas, pero no sea fácil identificar una realidad material dotada de valor suficiente para la vida social como para justificar la tipificación, se acaba encontrando algo que opera como bien jurídico.

Otro ejemplo: una de la argumentaciones contra la pena de muerte más conocida es la de lesión de la dignidad humana del

91. Como ha expresado SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 113-120, la Política criminal del presente evidencia cómo los principios, concebidos inicialmente como límite al *ius puniendi* estatal, han pasado a ser fundamento de la argumentación que pretende justificar cualquier medida. Con ello se pervierte su sentido y función.

92. Cfr. esta observación en O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Los principios*, pp. 70-73.



condenado, idea que abonaría la interdicción de la privación de la vida a un semejante en cumplimiento de la pena; pero si dicha argumentación se toma seriamente, toda pena, comenzando por la privativa de libertad, por ser coactiva y en cuanto que afecta a la libertad y honor del condenado, debería prohibirse también por el mismo motivo. Por otra parte, éste y otros argumentos contra la pena de muerte pueden excluir también la posibilidad de la muerte causada en legítima defensa<sup>93</sup>. En cambio, partir de una premisa algo diversa cambian los instrumentos de la argumentación: decir, por ejemplo, que “a nadie le es lícito privar de la vida, salud, integridad... a un ser inocente” introduce en el discurso un elemento jurídico nuevo. En concreto, da entrada a la idea de que quien inició injustificadamente una intromisión en esfera jurídica ajena, desequilibró la situación, y no puede pretender verse amparado por el Derecho (tampoco totalmente desamparado), sino que debe tolerar la re-estabilización de la situación “a su propia costa” (aunque no sin límites). Esta argumentación opera con principios (de mantenimiento de una situación normativa, del *status quo*, por ejemplo) y reglas (no toda agresión por parte del agredido es ajustada, por resultar desmedida, por ejemplo).

La dinámica de principios, reglas y excepciones muestra lo propio del razonamiento práxico en la Política criminal. En concreto, no hay una solución única a un caso, sino soluciones a casos singulares, que admiten cierta generalización. Y en ello reside en buena medida la justicia del caso; la justicia reside también en saber apartarse de la solución única si el caso singular lo exige. Ambas conclusiones presuponen que la función del jurista no consiste en la mera aceptación de un texto de la ley que ha de aplicarse mediante simple subsunción. Este es el mito de la mo-

93. No deseo entrar ahora en la cuestión de si una muerte resulta proporcionada, adecuada..., a la crisis de intereses presentes en la causa de justificación de la legítima defensa.

dernidad en cuanto al ser y desarrollarse del Derecho<sup>94</sup>. Pero hay motivos más que suficientes para pensar que el Derecho es saber práxico, saber sobre decisiones y soluciones a problemas sociales. En la medida en que el Derecho da razón de esas decisiones de la polis, se vincula con la Política, en el bien entendido de que Política es la “praxis suprema”, y no la “estrategia de llegar al poder y mantenerse en él”.

Nos hallamos pues ante un saber que tiene como peculiar la toma de decisiones con arreglo a principios<sup>95</sup>. Y estas decisiones no son meras afirmaciones técnicas ni matemáticas, sino valorativas, axiológicas<sup>96</sup>, que no pueden encubrirse bajo una supuesta apariencia de neutralidad lógica<sup>97</sup>. Pero sólo con identificar unos principios no se garantiza aportar una solución justa al caso concreto<sup>98</sup>, pues los principios no abocan a una solución exclusiva, no la pre-determinan, sino que es preciso ponderar, sopesarlos –argumentar, en un palabra<sup>99</sup>–. En efecto, el razonamiento jurídi-

94. Un modo de operar propio del *paleopositivismo*, como lo califica PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, p. 96, entre otros lugares.

95. Cfr. el modelo descrito por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 2001, aptdo. 5.4, en p. 69, entre otros lugares. Para Alexy, los principios orientan la argumentación, y son por eso mismo ejemplo primordial de lo que es la argumentación práctica o moral (cfr. ALEXY, en *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, pp. 226 y 233; ID., *Doxa* 5 [1988], pp. 144 y 150-151; ID., “La institucionalización de la razón”, *PyD* 43 [2000], pp. 243-249).

96. Cfr. LARENZ, *Metodología*, pp. 288-289.

97. Cfr. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Los principios*, pp. 102-103, con referencias.

98. Cfr. LARENZ, *Derecho justo*, p. 34, en donde parte de que los principios del Derecho positivo “tienen que servir por lo menos de indicadores de los principios de Derecho justo”, luego no todos los del Derecho positivo son justos (cfr. *ibid.*, p. 37).

99. Para GROSSI, *Mitología jurídica de la modernidad*, pp. 59-60, se trata de desmitificar la creencia de que el Derecho resida en la ley (idea a la que nos ha acostumbrado en cambio la modernidad), para resaltar la función aplicatoria, interpretativa, de la norma. El Derecho así “es aplicación más que norma” (*ibid.*, p. 60). En esta tarea del jurista la argumentación desde principios es clave.

co se presenta como una modalidad bien precisa de razonamiento práctico<sup>100</sup>, esto es, que exige razones justificativas de las decisiones adoptadas<sup>101</sup>. Pero no constituye la vía para concretar las manifestaciones de un supuesto Derecho trascendente que existiría, no ya en la ley, sino en el lejano mundo del “Derecho objetivo”<sup>102</sup>.

La labor del juez no puede entenderse al margen de la toma de decisiones dentro de un marco establecido en la ley. Contrario a tal modelo resulta tanto la automatización del juez atado a la ley, como la discrecionalidad judicial absoluta<sup>103</sup>. Más bien, “no sólo es legítima, sino también ineludible la discrecionalidad equitativa que aquél [*sc.* el poder de configuración judicial] comporta y que está ligada al hecho de que el juez no juzga el tipo de delito, que es cuestión legislativa, sino el delito concreto, singular e irrepetible, y por tanto debe entenderlo en su especificidad”<sup>104</sup>. En realidad, no hay oposición entre legalidad y equidad, sino que se trata de una consecuencia derivada del modo de ser y operar el lenguaje, el lenguaje legislativo y jurídico en general<sup>105</sup>. Las decisiones de la Política criminal no son, en definitiva, *unívocas*, en el sentido de que haya una sola decisión correcta para cada problema de-

100. Cfr. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, *passim*, pp. 205-213; ATIENZA/RUIZ, *Las piezas del Derecho*, 2004, p. 44.

101. Cfr., entre otros, ATIENZA/RUIZ, *Las piezas del Derecho*, 2004, pp. 44-49.

102. Muy ilustrativa la descripción que traza PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, pp. 99-108, sobre el mito del positivismo originario y las reacciones antiformalistas, que pueden acabar incurriendo en el mismo mal que denunciaban en aquél: concebir la actividad judicial como aplicación indubitada de una realidad externa al caso (cfr. *ibid.*, pp. 107-108).

103. Pero los principios “otorgan a los órganos de aplicación del Derecho un poder (una capacidad de afectar –positiva y negativamente– los intereses de los súbditos) muy superior al de las reglas”: ATIENZA/RUIZ, *Las piezas del Derecho*, 2004, p. 42.

104. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 2001, aptdo. 11.3, en p. 161.

105. Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 2001, aptdo. 11.3, en pp. 161-162.



limitado. Por el contrario, son a menudo varias las soluciones defendibles<sup>106</sup>. Por lo que su carácter prático conduce la labor de la política criminal a la argumentación racional, como ya se ha venido señalando.

106. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 170, nota 593.